

La continuità del possesso dei requisiti nella procedura ristretta.

di Stefano Taddeucci

Data di pubblicazione: 29-3-2018

1. Il principio di continuità nel possesso dei requisiti postula in via necessaria che i requisiti di partecipazione – ivi compreso il necessario possesso delle richieste qualificazioni – siano posseduti senza tendenziale soluzione di continuità sia nelle fasi preliminari, che per tutto il seguito della procedura.

Guida alla lettura

Il principio affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento è il seguente: anche quando la procedura di affidamento dell'appalto è strutturata in due fasi (ossia nel caso della "procedura ristretta" disciplinata dall'art. 61 del D.lgs. 50/2016) , di cui la prima consiste nell'individuazione dei soggetti da invitare (c.d. "fase di prequalifica") e la seconda si concreta nella valutazione delle offerte presentate dagli operatori selezionati, il possesso dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del D.lgs. 50/2016, nonché dei requisiti speciali eventualmente richiesti, deve sussistere fin dalla fase iniziale della procedura, ossia appunto fin dalla c.d. "fase di prequalifica".

Nel caso di specie, il requisito consisteva nella produzione del contratto di avvalimento:

la Società appellante lamentava la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. aggiudicatario, nonostante il fatto che alcuni fra i contratti di avvalimento da questo prodotti ai fini della prequalifica non rispondessero ai necessari requisiti di legge.

Il TAR aveva respinto il ricorso affermando che il deficit in parola riguardava la sola fase della prequalifica, mentre i contratti di avvalimento erano stati ritualmente prodotti nell'ambito della procedura ristretta (ovvero al momento dell'invio dell'offerta ex art. 61 comma 3 del D.lgs. 50/2016, quindi nella seconda fase della procedura).

Il Consiglio di Stato ribalta l'orientamento del TAR ed evidenzia come *"il principio di continuità nel possesso dei requisiti (sancito in via generale dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria 20 luglio 2015, n. 8) postuli in via necessaria che i requisiti di partecipazione – ivi compreso il necessario possesso delle richieste qualificazioni – siano posseduti senza tendenziale soluzione di continuità sia nelle fasi preliminari, che per tutto il seguito della procedura. L'adunanza plenaria ha infatti sancito il principio secondo cui nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di*

partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità".

La *ratio iuris* del "principio di continuità nel possesso dei requisiti", applicato al contratto di avvalimento, risiede nel fatto che, se tale contratto non venisse prodotto già nella c.d. "fase di prequalifica", la stazione appaltante non acquisirebbe mai la certezza in ordine alla concreta possibilità del partecipante di eseguire, mediante appunto l'avvalimento di un'impresa ausiliaria, le prestazioni oggetto del contratto (nel caso in cui egli divenisse aggiudicatario).

Potrebbe, infatti, accadere che, nella fase di prequalifica, il partecipante produca non già il contratto di avvalimento bensì la sola dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria (oppure depositi un contratto di avvalimento il quale però non specifica nel dettaglio i requisiti prestati), garantendo comunque che produrrà lo stesso contratto in sede di invio dell'offerta (nel caso in cui dovesse essere a tal fine selezionato), e poi la stazione appaltante scopra, al momento in cui lo stesso partecipante viene invitato a formulare l'offerta, che egli in realtà non può più fare ricorso all'avvalimento (p.es. perché nel frattempo l'ausiliaria si è resa indisponibile oppure non ha specificato analiticamente i requisiti messi a disposizione).

In casi simili verrebbe vanificata tutta quanta la procedura, in quanto la stazione appaltante ha invitato un soggetto che poi si scopre – causa sopravvenuta impossibilità di ricorrere all'avvalimento – non essere in grado di eseguire la prestazione.

Sostanzialmente, quindi, l'affermata necessità che il partecipante ad una procedura ristretta depositi, già fin dalla fase iniziale ("prequalifica"), il contratto di avvalimento, è funzionale a garantire il rispetto del principio di economicità del procedimento, ed anche di efficacia del medesimo intesa come necessità di avere certezza circa l'effettiva idoneità ad eseguire il contratto.

Tuttavia, la decisione del Consiglio di Stato suscita le seguenti perplessità.

La violazione del principio di economicità del procedimento deve essere valutata anche alla stregua di un criterio di proporzionalità, e quindi va esaminata tenendo conto dello stato a cui si trova il procedimento stesso.

Una lesione sostanziale, considerevole, del suddetto principio si verifica senza dubbio quando la stazione appaltante dapprima adotta il provvedimento di aggiudicazione, e, dopo l'aggiudicazione, scopre che l'aggiudicatario non era in possesso dei requisiti previsti: è il caso di cui all'art. 108 comma 1 lett. c) del D.lgs. 50/2016, il quale prevede la risoluzione del contratto nel caso in cui si accerti che l'affidatario, già al tempo dell'aggiudicazione, non era in possesso dei requisiti di cui all'art. 80 comma 1.

Diverso però è il discorso per la procedura ristretta: anche nel caso in cui il partecipante non abbia prodotto il contratto di avvalimento né nella fase iniziale ("prequalifica") né nella fase finale (invio dell'offerta), comunque l'accertamento dell'assenza del requisito avviene prima ancora della determina di aggiudicazione, ossia dell'atto terminativo del procedimento.

In tale ipotesi, quindi, una lesione del principio di economicità del procedimento potrà tutt'al più consistere nel fatto che è stato invitato a formulare l'offerta un soggetto che già in fase di "prequalifica" non aveva il suddetto requisito. Ma si tratterà di una lesione assai minore rispetto a quella che si verifica quando (art. 108 comma 1 lett. c) l'aggiudicazione è già stata formalizzata e soltanto dopo la stazione appaltante si accorge che il soggetto non avrebbe potuto divenire aggiudicatario in quanto, già al tempo dell'affidamento, era sprovvisto dei requisiti: nel caso della procedura ristretta, la stazione appaltante, accertato che il soggetto non risulta possedere il requisito neanche al momento dell'invito ad offrire, proseguirà la negoziazione con gli altri offerenti ma almeno sarà certa di aggiudicare l'appalto ad un soggetto in regola con il requisito stesso ; nel caso dell'art. 108 comma 1 lett. c), l'accertamento (post – aggiudicazione) della mancanza del requisito comporterà la risoluzione del contratto, peraltro con probabili problemi legati all'impossibilità di reperire in tempi brevi un altro affidatario (non è detto, infatti, che gli altri concorrenti che seguono in graduatoria siano disponibili, ex art. 110 comma 1 del D.lgs. 50/2016, a subentrare nell'appalto, e quindi magari la stazione appaltante si troverà a dover attivare una procedura ex novo!).

Distinguere tra i due casi sopra citati appare essenziale in quanto, nella procedura ristretta, può accadere che un requisito – che il partecipante, nella fase di "prequalifica", ancora non possiede o possiede in modo non conforme a quanto richiesto (vedi contratto di avvalimento) – potrebbe comunque essere posseduto pienamente nella fase dell'invio dell'offerta, ovvero nella seconda fase.

Pertanto, escludere dalla procedura un soggetto soltanto perché questi, nella fase di "prequalifica", non aveva un requisito, significa precludergli la possibilità di entrare in possesso del requisito stesso al momento in cui verrà invitato a formulare l'offerta (l'impresa ausiliaria potrebbe, nella fase di "prequalifica", rilasciare una dichiarazione di impegno generica od incompleta, e poi, nella fase dell'invito ad offrire, stipulare con il partecipante un contratto di avvalimento dettagliato e quindi pienamente rispondente alle esigenze dell'appalto).

Una simile esclusione, quindi, non soltanto appare contraria al principio di proporzionalità sancito dall'art. 30 comma 1 del D.lgs. 50/2016, ma sembra anche lesiva del principio di concorrenza: l'essenziale, infatti, è che l'operatore economico dimostri di essere in possesso dei requisiti al momento dell'invio dell'offerta, in quanto è sostanzialmente questa, nella procedura ristretta, la fase nella quale la stazione appaltante valuta l'effettiva idoneità del soggetto a diventare affidatario; ritenere che il soggetto debba essere escluso già nella fase iniziale ("prequalifica") perché, in tale momento, non era in possesso del requisito, conduce ad una violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione nella loro dimensione sostanziale.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale****Sezione Quinta**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8385 del 2017, proposto dal Co. In. Società Cooperativa in proprio e in qualità di Capogruppo mandataria di un R.T.I. con la RC. Co. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato An. Cl., con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via (...)

contro

Ar. Co. In. Società Consortile Per Azioni – Consorzio Stabile (A.C. S.C.P.A.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gi. Gi. e En. Ga., con domicilio eletto presso lo studio Gi. Gi. in Roma, via (...);

Autorità di Sistema Portuale del Mare Ionio – Porto di Taranto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via (...)

nei confronti di

Ta. Lo. S.p.A., Vi. S.r.l., Ca. S.r.l., Sg. Co. S.r.l., Se. S.p.A., Im. Ot. Ing. Ca. S.r.l., Op. S.r.l. non costituiti in giudizio;

C.B. Co. Bi. – Ma. – Ce. Srl, Ve. Srl, Ba. Sc. Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Pi. Qu., Lu. Qu., con domicilio eletto presso lo studio Dott. Al. Pl. in Roma, via (...)

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce, Sezione I, n. 1858/2017

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Ar. Co. In. Società Consortile per Azioni – Consorzio Stabile (A.C. S.C.P.A.), dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare Ionio – Porto di Taranto, della C.B. Co. Bi. – Ma. – Ce. Srl, della Ve. Srl e della Ba. Sc. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Cl., l'avvocato Ga. e l'avvocato No. su delega degli avvocati Lu. Qu. e Pi. Qu.

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce la Co. In. soc. coop. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, gli atti e i provvedimenti con cui la dalla Ar. Co. In. – ACI S.C.P.A. (General Contractor per la realizzazione di interventi nel Porto di Taranto) ha aggiudicato all'appellato Co. In. la gara di appalto a procedura ristretta per la realizzazione di alcuni lavori sul IV Sporgente della Darsena Ovest del Porto di Taranto (gara indetta con bando pubblicato sulla GUCE – IV s.sp. in data 12 agosto 2015).

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale adito ha respinto il ricorso principale e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria CB..

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla soc. coop. Co. In. la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

- 1) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara – Violazione degli artt. 49, 55, 62 e 67 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell'articolo 88 dled.P.R. 207 del 2010;
- 2) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara – Violazione dell'articolo 37 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e degli articoli 61 e 92 del d.P.R. 207 del 2010;
- 3) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara e II.1 della Lettera di invito – Violazione degli articoli 49, 55, 62 67 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010 – Violazione della sentenza della Corte di giustizia dell'UE in causa C-223/16;
- 4) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara e II.1 della Lettera di invito – Violazione dell'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010;
- 5) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara e II.1 della Lettera di invito – Violazione degli articoli 92 e 61 del d.P.R. 207 del 2010 – Violazione dell'articolo 49 del decreto legislativo 163 del 2006 e dell'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010;
- 6) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara e II.1 della Lettera di invito – Violazione dell'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 – Violazione dell'articolo 97 della Costituzione
- 7) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2,

III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara – Violazione dell’articolo 49 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell’articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010.

Si è costituita in giudizio la Ar. Co. In. s.c.p.a. la quale ha concluso nel senso dell’infondatezza dell’appello.

Si è altresì costituita in giudizio l’Autorità di Sistema Portuale del Mare Ionio – Porto di Taranto la quale ha concluso nel senso della reiezione dell’appello.

Si sono infine costituite in giudizio la CB.. s.r.l., la Ve. s.r.l., e la Ba. Sc. s.r.l. le quali hanno concluso nel senso dell’infondatezza dell’appello.

Alla pubblica udienza del giorno 1 febbraio 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dal Co. In. – Soc. Cooperativa, attivo nel settore delle costruzioni (il quale aveva partecipato a una procedura ristretta indetta dalla ACI S.C.P.A. – General Contractor per la realizzazione di interventi nel Porto di Taranto – per la realizzazione di alcuni lavori sulla Darsena Ovest e si era classificata al secondo posto della graduatoria finale), avverso la sentenza del T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la gara è stata aggiudicata al R.T.I. CB.

2. In primo luogo il Collegio deve esaminare il motivo (già proposto in sede di ricorso incidentale in primo grado, dichiarato assorbito dal primo Giudice e qui riproposto ai sensi dell’articolo 101, comma 2 cod. proc. amm.) con cui le appellate CB., Ve. e Ba. Sc. osservano che l’appellante principale avrebbe dovuto in ogni caso essere esclusa dalla procedura per cui è causa.

Le società deducenti osservano in particolare:

– che il Consorzio CC. (il quale aveva partecipato alla fase di prequalifica e al quale era succeduto in virtù di contratto di affitto d’azienda l’appellante Co. In.) avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, mercé la previsione di cui all’articolo 38, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 163 del 2006. In particolare, l’esclusione avrebbe dovuto essere disposta in ragione: i) di una risoluzione contrattuale in danno del Consorzio CC. disposta nel 2012 dalla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Dottori Commercialisti; ii) di una risoluzione in danno del Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione (incorporato per fusione dalla CC.) disposta dalla SITRASB e dall’Azienda Ospedaliera Sa. Gi. Ba. di Torino. L’esclusione avrebbe dovuto essere disposta sia per la valenza ostativa in se delle richiamate risoluzioni contrattuali, sia per la lacuna dichiarativa realizzata nei confronti della stazione appaltante (ed infatti, ai fini della prequalifica, il Consorzio CC. avrebbe dichiarato – contrariamente al vero – che non sussistesse alcuna delle ragioni ostative di cui all’articolo 38, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 163 del 2006);

– che lo stesso Co. In. (il quale, come si è detto, era succeduto al Consorzio CC. in virtù di contratto di affitto di azienda e che aveva quindi partecipato alla procedura ristretta per cui è causa) avrebbe dovuto essere escluso dalla gara a causa di una risoluzione in danno dichiarata dal Tribunale di Taranto con sentenza n. 2417/2016. Anche in questo caso, l'esclusione dalla procedura per cui è causa avrebbe dovuto essere disposta sia per la valenza ostativa in se delle richiamate risoluzioni contrattuali, sia per la lacuna dichiarativa realizzata nei confronti della stazione appaltante.

2.1. Il motivo in tal modo riproposto deve in primo luogo essere dichiarato inammissibile in quanto sollevato nella forma della riproposizione in appello di cui all'articolo 101, comma 2 cod. proc. amm. e non nella (necessaria) forma dell'appello incidentale (da notificarsi ritualmente alle controparti).

L'appellante principale Co. In. ha correttamente rilevato al riguardo che i motivi inerenti la presunta violazione da parte della stessa appellante delle prescrizioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 163 del 2006 non potevano considerarsi "assorbiti" o "non esaminati" nell'ambito della sentenza di primo grado, avendo costituito – piuttosto – oggetto di puntuale disamina nell'ambito della sentenza appellata, la quale aveva concluso sul punto per una pronuncia di inammissibilità.

La pronuncia di inammissibilità di un motivo di ricorso puntualmente affrontato non può quindi essere assimilata (quanto all'applicazione dell'articolo 101, cod. proc. amm.) a un omesso esame o a un assorbimento, a nulla rilevando in senso contrario il fatto che l'esame si sia concluso con una statuizione in rito.

La questione avrebbe dunque dovuto essere riproposta dalla CB., dalla Ve. e dalla Ba. Sc. nella necessaria forma dell'appello (principale o incidentale), che nel caso in esame è mancata.

Di qui l'inammissibilità del motivo.

2.2. Fermo restando il carattere dirimente a fini del decidere di quanto rilevato retro, sub 2.1. si osserva comunque che il motivo riproposto non risulta neppure fondato nel merito.

Al riguardo si osserva:

– che il ramo d'azienda relativo alle attività nel cui ambito è maturata la risoluzione in danno pronunciata dal Tribunale di Taranto non coincide con quello oggetto di cessione dal Consorzio CC. al Co. In. (il che è confermato dalla circostanza che l'atto transattivo con il Comune di Taranto – successivo all'affitto del ramo d'azienda in favore del Co. In. – è stato comunque stipulato dal Consorzio CC. e non dal Consorzio appellante);

– che, al momento in cui il Consorzio CC. aveva presentato la propria domanda di prequalifica ai fini della partecipazione alla gara per cui è causa (settembre 2015) la risoluzione in danno di cui trattasi non era stata ancora disposta dal Tribunale di Taranto (il quale vi avrebbe provveduto solo nell'agosto del 2016). Difetta quindi in radice la violazione degli obblighi

dichiarativi su cui si fondano in parte qua i motivi riproposti ai sensi dell'articolo 101, comma 2 del cod. proc. amm.

3. L'appello principale, che deve quindi essere esaminato nel merito, è fondato.

In particolare, è fondato il primo motivo con cui il Co. In. (reiterando ana motivo già articolato in primo grado e disatteso dal T.A.R.) ha lamentato la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. aggiudicatario nonostante il fatto che alcuni fra i contratti di avvalimento prodotti ai fini della prequalifica, non rispondessero ai necessari requisiti di legge.

Il primo Giudice ha respinto il motivo in questione rilevando: i) che il deficit in parola riguardava la sola fase della prequalifica (mentre i contratti di avvalimento erano stati ritualmente prodotti nell'ambito della procedura ristretta); ii) che fra la fase di prequalifica e la successiva procedura ristretta erano decorsi circa due anni, il che avrebbe in qualche misura giustificato il fatto che i contratti di avvalimento infine prodotti fossero stati stipulati con imprese diverse da quelle indicate ai fini dell'avvalimento in prequalifica; iii) che, in ogni caso, il contenuto dei contratti di avvalimento prodotti dall'appellata in sede di prequalifica (pur non essendo pienamente determinato) sarebbe stato nondimeno determinabile, in tal modo realizzando le condizioni minimi di validità contemplate dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio n. 23 del 2016.

L'appellante ha contestato sotto diversi profili le statuizioni rese dal primo Giudice.

3.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che, ai sensi della disciplina rationetemporis applicabile alla vicenda per cui è causa, anche nelle procedure articolate in una doppia fase (prequalifica e procedura selettiva in senso proprio) risultava comunque necessario che i concorrenti fossero in possesso dei necessari requisiti di ordine oggettivo e di qualificazione sin dalla preliminare fase della prequalifica, non potendo ritenersi che il possesso di tali requisiti potesse essere – per così dire – ‘postergatò alla fase della procedura ristretta, con sostanziale irrilevanza della carenza in fase di prequalifica.

Deponevano in tal senso:

– il comma 6 dell'articolo 55 (secondo cui “(...) alle procedure ristrette, per l'affidamento dei lavori, sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, salvo quanto previsto dall'articolo 62 e dall'articolo 177”);

– il comma 5 dell'articolo 62 (secondo cui “le stazioni appaltanti non possono invitare operatori economici che non hanno chiesto di partecipare, o candidati che non hanno i requisiti richiesti”);

– il fatto che il principio di continuità nel possesso dei requisiti (sancito in via generale dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria 20 luglio 2015, n. 8) postuli in via necessaria che i requisiti di partecipazione – ivi compreso il necessario possesso delle richieste qualificazioni – siano posseduti senza tendenziale soluzione di continuità sia nelle fasi preliminari, che per tutto il

seguito della procedura. L'adunanza plenaria ha infatti sancito il principio secondo cui nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Il T.A.R. ha rilevato che una deroga sostanziale al richiamato principio potrebbe essere affermata nelle ipotesi in cui (come nel caso in esame) il tempo particolarmente lungo trascorso fra la fase di prequalifica e l'avvio della procedura ristretta abbia modificato – e in modo comprensibile – gli originari assetti di fatto, inducendo la capogruppo a stipulare nuovi contratti di avvalimento con nuove e diverse imprese ausiliarie.

Il Collegio osserva tuttavia che neppure nelle circostanze rappresentate può risultare giustificata l'originaria carenza di validi contratti di avvalimento (e, in via mediata, dell'effettivo possesso dei necessari requisiti di partecipazione).

E' infatti evidente che il decorso del tempo (e la necessità, a talune condizioni, di sostituire le imprese ausiliarie) non possa rappresentare una circostanza idonea a giustificare ex post l'originaria validità del contratto di avvalimento (e, con essa, il possesso di requisiti di carattere indefettibile).

3.2. Ebbene, riconducendo i principi appena richiamati alle peculiarità del caso in esame, si osserva che (secondo le risultanze in atti) la capogruppo mandataria del raggruppamento appellato (CB.) avesse dovuto ricorrere, fin dalla fase di prequalifica, all'avvalimento per la qualificazione nella categoria prevalente OS1 e per la categoria scorporabile OS26 (rispettivamente, con l'ausiliaria soc. Ca. s.r.l. e con la Vi. s.r.l.).

Risulta, altresì, che la mandante Ba. Sc. avesse dovuto ricorrere all'avvalimento (anche in questo caso sin dalla fase della prequalifica) per la qualificazione nelle categorie OS1 e OG7 (con l'ausiliaria Sg. Co. s.r.l.).

Ora, esaminando le dichiarazioni di avvalimento rese dalla capogruppo in sede di domanda di prequalifica (settembre 2015) e i contratti di avvalimento ai medesimi fini prodotti, ne emerge l'oggettiva genericità del relativo contenuto e l'inidoneità a soddisfare i requisiti di ordine sostanziale richiesti dall'articolo 49 del Codice dei contratti del 2006.

Come è noto, in base a un consolidato orientamento (dal quale il Collegio non rinviene ragioni per discostarsi) nelle gare pubbliche non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano e senza che tale carenza possa reputarsi colmata dal semplice riferimento contrattuale all'attestazione SOA per le categorie in questione (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, V, 2 dicembre 2016, n. 5052; id., V, 23 settembre 2015, n. 4456; id., IV, 9 dicembre 2015, n. 662).

L'orientamento in parola risulta tanto più insuscettibile di deroghe nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame – i contratti intercorsi con le ausiliarie si caratterizzassero nella forma dell'avvalimento c.d. operativo e non nella variante del c.d. 'avvalimento di garanzia (traducendosi nella messa a disposizione di requisiti di qualificazione finalizzati a consentire alla capogruppo la realizzazione delle porzioni di lavorazioni di propria competenza – ivi comprese quelli relative alla categorie prevalente, altrimenti non utilmente eseguibile -).

Tuttavia, dall'esame dei contratti di avvalimento intercorsi – rispettivamente – con la Ca. s.r.l. e con la Vi. s.r.l. emerge l'oggettiva inidoneità di tali contratti a dare adeguatamente conto delle risorse concretamente messe a disposizione della CB. (traducendosi l'oggetto stesso del contratto di avvalimento in una sorta di pura e semplice parafrasi del dettato normativo dell'articolo 49, cit.

In particolare, in entrambi i contratti di avvalimento (i quali presentano numerose caratteristiche comuni) è dato leggere che "l'impresa ausiliaria (...) si obbliga a fornire all'impresa ausiliata tutti i requisiti di carattere tecnico, ma anche economico, finanziario ed organizzativo previsti dal bando di gara (...) con riferimento particolare all'"attestato SOA" [relativo alla categoria e qualifica di cui è carente la CB.], mettendo a disposizione di quest'ultima tutte le risorse ed i mezzi propri che saranno necessari. In particolare, saranno forniti e messi a disposizione la seguente certificazione – in corso di validità – ed i seguenti requisiti, mezzi e risorse:

- qualificazione SOA (...);
- risorse qualificate per consentire l'esecuzione dei lavori;
- mezzi propri per l'esecuzione dei lavori".

E' evidente al riguardo che l'oggetto dei richiamati contratti di avvalimento risultasse quindi idoneo a soddisfare i requisiti di forma e di contenuto del contratto di avvalimento richiesti dal richiamato articolo 49 del decreto legislativo n. 163, cit., nonché dalla pertinente giurisprudenza.

3.3. Non può invero essere condiviso l'argomento delle società appellate secondo cui la legge di gara (sul punto incontestata) avrebbe ammesso la possibilità per i concorrenti di far pervenire, nella fase della prequalifica, le sole dichiarazioni di avvalimento, salvo rinviare al prosieguo della procedura (e, segnatamente, alla fase della procedura ristretta) l'acquisizione dei contratti di avvalimento.

Anche ad ammettere (il che non risulta comunque pacifico) che la stazione appaltante avesse offerto una così peculiare – e illegittima – lettura della normativa di riferimento, resta il fatto che la CB. non si era limitata a far pervenire le sole dichiarazioni di avvalimento, ma si era spinta sino ad allegare alla documentazione relativa alla fase di prequalifica i contratti di avvalimento sottesi a quelle dichiarazioni.

Ebbene, per le ragioni dinanzi esposte, erano proprio i contratti in questione a palesare (al di là degli aspetti meramente dichiarativi) la carenza dei necessari requisiti di partecipazione e

l'insussistenza di validi contratti di avvalimento.

Non è del resto pensabile che, laddove la legge di gara (pag. 5 del bando) richiedeva la presentazione delle dichiarazioni di avvalimento di cui all'articolo 49, comma 2 del decreto legislativo n. 163, cit., ciò potesse non sottintendere l'esistenza di un valido contratto di avvalimento.

Ebbene, dalla documentazione in atti è emerso che, in disparte gli aspetti meramente dichiarativi, l'appellante non possedesse il requisito sostanziale sottostante (e l'esame dei contratti di avvalimento, in atti, rende palese tale carenza).

3.4. Le ragioni sin qui esposte risultano di per sé idonee a determinare l'accoglimento dell'appello (e a statuire – in riforma della sentenza di primo grado – che il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe potuto essere ammesso alla procedura), in tal modo esimendo il Collegio dall'esame puntuale degli ulteriori motivi articolati in relazione al contratto di avvalimento stipulato ai medesimi fini fra la mandante Ba. Sc. e la Sg. Co., nonché gli altri motivi di appello (ivi compresi i nuovi motivi proposti ai sensi dell'articolo 104 cod. proc. amm.) miranti ad ottenere l'esclusione dalla procedura dell'appellato raggruppamento CB..

3.5. La riforma in parte qua della sentenza di primo grado e l'annullamento degli atti con cui il raggruppamento aggiudicatario è stato ammesso alla procedura comportano altresì l'annullamento degli atti con cui la procedura stessa le è stata infine aggiudicata.

4. Occorre a questo punto statuire in ordine alla domanda di parte attrice finalizzata ad ottenere (a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione in favore della CB.) la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto medio tempore stipulato e il subentro nelle lavorazioni.

L'appellata ha eccepito al riguardo che osterebbe a tale richiesta la previsione di cui al comma 3 dell'art. 125 cod. proc. amm., secondo cui, in caso di annullamento di aggiudicazioni relative alle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (per come richiamate dalla parte II, titolo III, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), "l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3".

L'appellante ha obiettato al riguardo che l'intervento all'origine dei fatti di causa non sarebbe invece ascrivibile al novero delle cc.dd. 'grandi opere di cui all'articolo 1 della l. 21 dicembre 2001, n. 443.

E' quindi evidente che risulti dirimente ai fini della definizione in parte qua della controversia stabilire se l'intervento all'origine dei fatti di causa rientri o meno nel richiamato novero delle cc.dd. "grandi opere".

4.1. Il Collegio osserva che (contrariamente a quanto rilevato dall'appellante) l'opera all'origine dei fatti di causa sia riconducibile al novero delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, con quanto ne consegue in termini di applicazione dell'articolo 125 del cod. proc. amm.

4.1.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che, in sede di ricorso di appello, è stata la stessa appellante a fondare la propria istanza cautelare sulla circostanza secondo cui l'opera in questione fosse ascrivibile al richiamato novero, salvo poi modificare la propria prospettazione sul punto in corso di causa (alla pag. 29 dell'atto di appello è infatti dato leggere che "(...) i lavori in oggetto riguardano le opere della Piastra Portuale di Taranto, opera prevista dalla Legge Obiettivo (L. 443/2001; D. CIPE 74/2003 e 104/2010) (...)").

4.1.2. Si osserva in secondo luogo (e anche qui, in senso contrario rispetto a quanto osservato dall'appellante) che la delibera CIPE n. 104 del 18 novembre 2010 – di approvazione del complessivo intervento per cui è causa – contemplava in modo espresso anche i lavori di realizzazione della vasca di colmata (nell'ambito della delibera in parola si legge, infatti, che "(...) per lo smaltimento dei materiali di dragaggio sono state valutate le possibili destinazioni e modalità di conferimento delle argille provenienti dal dragaggio in una vasca di colmata, opera quest'ultima che assume carattere funzionale al progetto in esame (...)").

4.1.3. Si osserva in terzo luogo che l'articolo 142 del decreto legislativo 163 del 2006 (relativo agli appalti aggiudicati a terzi da parte dei concessionari), al comma 3 richiamava l'applicazione dell'intera Parte IV del previgente "Codice" (ivi compreso, quindi, l'articolo 246, recante "norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttiva").

4.2. In definitiva, risulta chiaro che l'appalto in oggetto rientrasse nell'ambito di applicazione della normativa in tema di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, ragione per cui l'annullamento dell'aggiudicazione non determina comunque la perdita di efficacia del contratto medio tempore stipulato.

4.3. Osserva conclusivamente il Collegio che, per le ragioni esposte, l'appellante (la quale non potrebbe comunque subentrare nella gestione dell'appalto) non può vantare uno specifico interesse a contestare le modalità della relativa stipula (e, in particolare, la forma della sua sottoscrizione).

5. Per le ragioni esposte l'appello principale deve essere accolto e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, deve essere disposto l'annullamento degli atti impugnati in primo grado.

No possono invece trovare accoglimento i motivi riproposti in appello ai sensi del comma 2 dell'articolo 101 cod. proc. amm. dalle appellate CB., Ve. e Ba. Sc..

Non può invece trovare accoglimento la domanda dell'appellante finalizzata ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto e il subentro nelle lavorazioni.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

(Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto

- accoglie il ricorso in appello e i motivi aggiunti e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla gli atti impugnati in primo grado;
- respinge i motivi riproposti ai sensi dell'articolo 101 cod. proc. amm. dalle appellate CB., Ve. e Ba. Sc.;
- Respinge l'istanza di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro nelle lavorazioni.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.